

## **HERMENÊUTICA E CONCRETIZAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO: NECESSIDADE DE NOVOS PARÂMETROS HERMENÊUTICOS**

**Arnaldo José Duarte do Amaral (\*)**

### **INTRODUÇÃO: CONTEXTO HISTÓRICO E DOUTRINÁRIO DO TEMA**

Começamos o nosso trabalho, lembrando as precisas palavras de Nelson Nery Júnior:

*“Era muito comum, pelo menos até há bem pouco tempo, interpretar-se e aplicar-se determinado ramo do direito tendo-se em conta apenas a lei principal que o regulamenta. Assim, o civilista via no Código Civil a única norma que deveria ser consultada na solução de problemas naquela área, o mesmo ocorrendo com o processualista (civil, penal e trabalhista), com o penalista, com o comercialista. (in Princípios do Processo Civil na Constituição, editora RT, 5ª edição, à pág. 19).*

Adiante, prossegue o Mestre Paulista:

*“O intérprete deve buscar a aplicação do direito ao caso em concreto, sempre tendo como pressuposto o exame da Constituição Federal. Depois, sim, deve ser consultada a legislação infraconstitucional a respeito do tema.” (in obra citada, à pág. 20).*

Por outro lado, pondera, com habitual acuidade intelectual, o Douto Willis Santiago Guerra Filho, escudado na lição de outros grandes Mestres, em seu livro Processo Constitucional e Direitos Fundamentais, à pág. 31, o seguinte:

*“A realização e a concretização dos mandamentos constitucionais decorrerá de sua aplicação, resultante de um processo que tende a ter natureza de processo constitucional. Requisito heurístico dessa aplicação é, sem dúvida, a interpretação que tende, igualmente, a ser uma interpretação de índole constitucional (cf. BARACHO, 1984, p. 354 s.; ZAGREBELSKY, 1988, p. 52s)...”*

**(\*) Arnaldo José Duarte do Amaral é Juiz do Trabalho, Titular da 3ª Vara do Trabalho de Campina Grande**

**(PB) e mestrando em Direito Constitucional pela  
UFCE/UEPB.**

Ora, fixado tal axioma - necessidade de se aplicar a lei infraconstitucional em consonância com o texto da Constituição vigente - chegamos a uma nova conclusão, qual seja, para se aplicar a Lei infraconstitucional corretamente – concretizando a Constituição – deve-se, necessariamente, conhecer a Constituição.

Entretanto, a fixação de tal premissa – necessidade de conhecimento do texto constitucional – nos leva a outro problema. Vejamos. Como nos alerta o Professor Ivo Dantas, da Faculdade de Direito do Recife, o texto da Constituição de 1988 é impossível de ser compreendido por aqueles que se limitam a ver o que nela está escrito.

Ousamos acrescentar uma outra conclusão, na esteira do pensamento do citado Mestre: para se ler corretamente o texto da Constituição de 1988 é necessário um sólido conhecimento da teoria da constituição, que possibilite quebrar – por necessidade de adequação aos tempos modernos – velhos paradigmas doutrinários ainda acatados no Brasil. Paradigmas que impossibilitam a concretização dos direitos e garantias constitucionais positivados na Carta vigente, principalmente no que toca aos direitos fundamentais, não obstante os claros termos do artigo 5º, parágrafo primeiro da Carta vigente). Ou seja, as normas constitucionais referentes a direitos fundamentais são auto-aplicáveis.

Mas os vícios e ranços doutrinários no Brasil são muitos, conforme adiante pretendemos demonstrar. Enquanto perdurar tal realidade doutrinária, pouco efeito terá qualquer mudança em nosso ordenamento jurídico mesmo em nível constitucional.

Naturalmente, dadas às próprias limitações deste trabalho, não pretendemos esgotar, ou mesmo enfrentar o tema em sua totalidade. Nossa pretensão é apenas lançar um alerta aos operadores do direito, espalhando o salutar espírito da dúvida, pinçando ponderações doutrinárias úteis, porquanto, a nosso ver, a constatação exposta no primeiro parágrafo deste trabalho é, ainda, verdadeira. Ou seja, no campo do direito do trabalho, a consideração ao texto constitucional na aplicação da lei infraconstitucional ainda se faz de forma incipiente, para não dizer tacanha, tendo, como consequência, por vezes, a negativa de direitos constitucionais assegurados.

Noutras palavras, ao invés de concretizar a constituição, a atividade judicial, por vezes, impossibilita a eficácia da norma constitucional, a concretização da Constituição.

**DA NECESSIDADE DE FIXAÇÃO DE NOVOS PARÂMETROS  
HERMENÊUTICOS**

Na atualidade, o grande entrave à eficácia total das normas constitucionais é, infelizmente, a adoção de antigas teorias, ainda sacrossantas para muitos. No entanto, como já exposto alhures, pensamos que as doutrinas existentes sobre qualquer tema, devem ser consideradas dentro do contexto histórico que surgiram.

Isto considerado, começamos por focalizar a posição de Rui Barbosa acerca da aplicabilidade das normas constitucionais. Para o nosso constitucionalista mor da primeira República as normas constitucionais dividiam-se em dois grupos: normas auto-executáveis e não auto-executáveis. Visível a inspiração norte americana, afinal, para os americanos, as normas constitucionais são classificadas de auto-aplicáveis e não auto-aplicáveis.

Neste sentido, a precisa lição de Otávio Bueno Magano e Estêvão Mallet, em seu livro *Direito do Trabalho na Constituição*, 2ª edição, editora Forense, às fls. 28-9.

No entanto, repita-se, a posição doutrinária cristalizada na posição de Rui Barbosa era justificável naquele momento histórico. Contextualizando tal afirmação, relembremos: na Constituição de 1891, de clara inspiração americana, não havia o controle concentrado de constitucionalidade; o mito da separação total dos poderes era levado às últimas consequências. Dessa sorte, era impossível ao aplicador da Lei “suprir” - complementar - a norma, mesmo ante ao caso concreto.

Repisemos: a justificação filosófica para a existência, unicamente, do controle difuso incidental – para tornar compatível o controle de validade das Leis pelo Poder Judiciário face a teoria da separação de poderes – é da atuação limitada do Judiciário ao caso concreto. Destarte, no controle difuso incidental, na forma e modo existente na época da doutrina de Rui Barbosa, o controle da Constitucionalidade só era válido e legítimo – só tinha efeito – entre os litigantes.

Mas os tempos mudam.

Com o advento do nazismo na Alemanha e a Segunda Guerra Mundial ocorreu um grande questionamento do direito, no que toca a sua legitimidade, numa busca de se unir o direito à moral.

Daí porque, os Alemães, depois da Segunda guerra mundial, deixaram de lado a secundária questão de classificar a eficácia das normas constitucionais, passando, sim, a se preocupar com a concretização do ordenamento jurídico, da Constituição.

Nesta altura dos trabalhos, cabe abrir um pequeno parêntese: invocar a doutrina constitucional alemã não é algo telúrico, bizarro. Afinal de contas, o nosso Supremo Tribunal Federal adotou recentemente várias teorias geradas no seio da corte constitucional alemã, dentre tais teorias, destacamos a da interpretação conforme a Constituição. Se isto foi feito em relação ao controle da constitucionalidade, por qual motivo não se adotar outras teorias da corte constitucional alemã, notadamente no que diz respeito à interpretação, aplicação e concretização das normas constitucionais? Adiante, voltaremos a sugerir e especificar algumas dessas teorias, mas registramos, desde de logo, o nosso questionamento.

Volvendo ao descortino histórico do tema, observamos que o nosso ordenamento jurídico constitucional passou, cada vez mais, a se inspirar na doutrina européia, resultando isto na constitucionalização de vários princípios e direitos surgidos no continente europeu.

Mudou a realidade, mas nem sempre os operadores mudam.

Exemplificando a afirmação supra, pinçamos a doutrina do Professor de Direito Financeiro da USP José Afonso da Silva. Para o Mestre da Universidade de São Paulo, as normas constitucionais, quanto à aplicabilidade, podem ser divididas em quatro tipos:

- normas constitucionais de eficácia plena e aplicabilidade imediata;
- normas constitucionais de eficácia contida e aplicabilidade imediata, mas passível de restrição;
- normas constitucionais de eficácia reduzida ou limitada;
- normas programáticas.

Não gastemos mais tinta e papel tecendo considerações acerca da classificação das normas constitucionais realizada pelo doutrinador paulista, isso muitos já o fizeram e, por certo, com mais acerto e precisão. Mas vamos nos deter em outra ponderação do Ilustre Professor, qual seja, a de que mesmo as normas sobre direitos fundamentais teriam seus entraves, no que se refere a sua eficácia e aplicabilidade. Eis a posição do mencionado Mestre:

*“A eficácia e aplicabilidade das normas que contêm os direitos fundamentais dependem muito do seu enunciado, pois se trata de assunto que está em função do direito positivo. A Constituição é expressa sobre o assunto, quando estatui que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. Mas certo é que isso não resolve todas as questões, porque a constituição mesma faz depender de legislação ulterior a aplicabilidade de algumas normas definidoras de direitos sociais, enquadrados dentre os fundamentais...” (in, Curso de Direito Constitucional Positivo, 9ª edição, editora Malheiros, à f. 164).*

Ousamos, como pode se depreender da leitura deste texto, não concordar com as conclusões do Emérito Professor da Universidade de São Paulo.

Concordamos sim, com as palavras do Professor Willis Santiago Guerra Filho, quando argumenta o seguinte:

*“Ao mesmo tempo, e o que é mais importante de se levar em conta, não se coaduna com a natureza da norma de direito fundamental a sua inclusão no rol das ‘normas programáticas’, para o qual tendem a ser relegados os ‘direitos sociais, econômicos e culturais’, bem mais vulneráveis que os clássicos ‘direitos de liberdade’, por, ao contrário*

*desses, não dependerem de uma abstenção, e sim, de uma prestação do Estado. Nossa preocupação dominante é que a doutrina corrente entre nós sobre eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais favoreça a adoção do que com toda propriedade se denominou `procedimentos interpretativos de bloqueio' (FERRAZ JR., 1990, p. 12), na inteligência dos direitos fundamentais visando aplicá-los, o que causaria prejuízos incalculáveis à sua efetividade, dependente, é certo, de fatores políticos, mas também de fatores científicos, no campo do Direito.” (in obra citada, pág. 50, grifos nossos).*

## **CONCLUSÃO**

Não obstante a alteração ocorrida no ordenamento jurídico com advento da Carta de 1988, e a positivação de vários direitos fundamentais, o quadro social no Brasil só se fez agravar.

Em verdade, de nada adianta a mudança formal no ordenamento jurídico, se tal mudança não vier acompanhada de uma vontade de mudar. Vontade de mudar, principalmente, por parte dos operadores do direito.

Desta forma, cada ato de julgar deve ser um ato de concretizar a Constituição, partindo da necessária compatibilização entre o capital e o trabalho e objetivando atingir o fim mor do nosso ordenamento jurídico, qual seja, o da dignidade da pessoa humana.

Qualquer decisão judicial, por mais correta que seja, proferida dentro das estreitas comportas de uma legalidade míope, mas não concretizadora dos direitos fundamentais, é contrária a dignidade da pessoa humana, devendo, portanto, ser passível de reforma.

Evidentemente, a atuação do Magistrado deve ser limitada ao caso concreto. Entretanto, num país de tão grave quadro social, o Magistrado não pode – não deve – ante ao caso concreto, perder-se em questões doutrinárias secundárias, negando, por vezes, escudado sempre em brilhantes teorias, a concretização da própria Constituição.

O nosso arcabouço jurídico/constitucional permite ao Magistrado, dentro dos modernos parâmetros hermenêuticos, realizar a justiça.

O que não podemos fazer é agir como a avestruz, quando em situação de perigo, enfiando a cabeça na terra (nos livros), para fugir – como se possível fosse – da dura realidade social que nos assola. A realidade cobra a nossa quota de responsabilidade. Relembra a velha lição de Marx: quando o direito não conhece a realidade, a realidade vinga-se, desconhecendo o direito.

Acordemos.